**PR-IN-2021-0767**

Santo Domingo de Guzmán, D. N.

25 de noviembre de 2021

Señor

**Víctor Manuel Fadul Lantigua**

Presidente

**Comisión Permanente de Tecnología de la Información y Comunicaciones**

**Cámara de Diputados de la República Dominicana**

Ciudad.-

**Asunto:** Proyecto de Ley de modificación de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98 y que crea la nueva Ley General de las Tecnologías de la Información y Telecomunicación de la República Dominicana

Distinguido señor Fadul:

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en lo adelante, **“PRO-COMPETENCIA”**), por órgano de su Consejo Directivo, emite el presente informe de recomendación sobre el Proyecto de Ley de modificación de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98 y que crea la nueva Ley General de las Tecnologías de la Información y Telecomunicación de la República Dominicana.

En ese orden de ideas, en lo adelante del presente informe abordaremos los siguientes aspectos: **I.** Antecedentes de recomendaciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (PRO-COMPETENCIA) sobre la regulación del sector de las telecomunicaciones, y objeto del Informe; **II.** Derecho de la competencia en el marco legal del sector de las telecomunicaciones; **II.** Observaciones al Proyecto de Ley.

# ANTECEDENTES Y OBJETO

1. El Instituto Nacional de las Telecomunicaciones (INDOTEL) publicó a inicios de este año un “*Documento de Consulta Pública – Actualización y Modernización de la Ley General De Telecomunicaciones – Evolución a una Ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)*”, el cual fue elaborado en el marco de una consultoría realizada dentro

del programa de Estructuración financiera y homogenización regulatoria para la reducción de la brecha digital en Centroamérica del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y puesto en consulta pública hasta el 31 de mayo de 2021.

1. En el marco del indicado proceso de consulta pública, el 25 de mayo de 2021 el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA, remitió al INDOTEL el informe público PR-IN-2021-0382 elaborado a la luz de la Ley 42-08. Cabe destacar, a modo de resumen, las recomendaciones contenidas en el informe, puesto que consideramos pertinente reiterar algunas:
   1. Suprimir los conceptos de competencia leal, competencia sostenible y prácticas restrictivas de la competencia.
   2. Que en la propuesta de Ley TIC se haga referencia a la Ley 42-08 o, en su defecto, se coloque la misma definición establecida en dicha ley para los precitados términos.
   3. Para preservar y reforzar la independencia en la toma de decisiones, se recomienda el establecimiento de un nuevo sistema de designación de los miembros del Consejo Directivo del INDOTEL, en el que no tengan injerencia los intereses de los agentes económicos regulados, pero manteniendo los requisitos de perfil y experiencia actualmente contemplados en la normativa vigente.
   4. Implementar medidas similares a las establecidas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) en México, para mejorar la calidad del servicio ofrecido por las telefónicas en beneficio de los consumidores y de la propia competencia.
   5. Tal como ocurre en México con el IFT y la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), fortalecer los lazos de colaboración entre el INDOTEL y PRO-COMPETENCIA, amparados por el artículo 20 de la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08. De este modo, el primero continuaría con sus funciones de regulador de las telecomunicaciones, mientras recibe el apoyo consultor del segundo en los aspectos relacionados con la promoción y defensa de la libre y leal competencia.
   6. Establecer con claridad las funciones encomendadas al INDOTEL en sus potestades de órgano regulador y de autoridad de defensa de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.
   7. Establecer con claridad los criterios o metodología a seguir para la definición periódica de los mercados relevantes en materia de telecomunicaciones; tomando en cuenta la Ley 42-08 y las directrices de los organismos internacionales especializados.
   8. Incluir el deber de colaboración e información[[1]](#footnote-1) de los agentes económicos que participan en los distintos mercados relevantes, en la entrega de toda clase de información y documentación de la que dispongan, que sea necesaria para llevar a cabo las distintas actuaciones y análisis puestos a cargo del INDOTEL. Dicho deber de colaboración ya ha sido contemplado en el artículo 5, numeral 5, de la Ley núm. 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento y en el artículo 40 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08.
   9. Considerar atribuir al INDOTEL, como autoridad de defensa de la competencia para el sector de las telecomunicaciones, que dirija acciones de promoción de una cultura de competencia y cumplimiento regulatorio, mediante la emisión de recomendaciones y guías de orientación sobre las características y condiciones exigidas para la prestación de servicios y protección de los derechos de los usuarios (derechos de acceso e interconexión, uso eficaz y eficiente del espectro, portabilidad numérica, compartición de facilidades, etc.).
   10. Tipificar correctamente las infracciones en materia de competencia que conocerá el INDOTEL en sus funciones de autoridad de defensa de la competencia para el sector de las telecomunicaciones.
   11. Incluir en el proyecto de Ley TIC la simplificación de trámites administrativos para el despliegue de redes y prestación de servicios de telecomunicaciones. Esto implicaría la actualización del régimen de concesiones.
   12. Incluir medidas tendentes a definir con claridad las reglas aplicables, los tipos de usos específicos y variaciones de las licencias y autorizaciones relacionados con el uso y administración del espectro radioeléctrico.
   13. Que en la propuesta de Ley TIC se incluya que el INDOTEL, como órgano regulador de las telecomunicaciones, se ajuste a la regla de la mínima regulación y del máximo funcionamiento del mercado, actuando de manera excepcional en la regulación tarifaria. Asimismo, que incluya explícitamente los parámetros para la determinación de precios por parte de las prestadoras y la prohibición de los acuerdos entre competidores para que las tarifas no sean producto de la colusión de las mismas.
   14. Identificar mercados relevantes que, por su importancia para el desarrollo de las redes y servicios de telecomunicaciones, son susceptibles de regulación *ex ante* a fin de garantizar una competencia efectiva.
   15. Complementar la mencionada regulación *ex ante* con una evaluación *ex post* basada en el análisis y monitoreo de las condiciones de competencia de los distintos mercados relevantes, y el desempeño de los distintos agentes que participan en los mismos (tengan o no posición dominante), con el objetivo de identificar el cumplimiento de los principios y reglas de competencia o la existencia de indicios de prácticas anticompetitivas que motiven el inicio de los correspondientes procedimientos de investigación.
   16. Hacer la distinción explícita de las unidades operativas que se dedican a los temas de regulación de los mercados (*ex ante*) y las que se encargarán del monitoreo y evaluación de las condiciones de competencia (*ex post*).
   17. Asignar a la unidad encargada del monitoreo y evaluación de las condiciones de competencia (ex post) la vigilancia de la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en materia de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones económicas.
2. Posteriormente, en fecha 8 de noviembre de 2021, fue recibida en PRO-COMPETENCIA una comunicación del Presidente de la Comisión de Tecnología de la Información y Comunicaciones de la Cámara de Diputados de la República Dominicana, Víctor Manuel Fadul Lantigua, solicitando a la Presidencia del Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA “*un informe por escrito de sus opiniones sobre* [el Proyecto de Ley que busca modificar la actual Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98 y crear la nueva Ley General de las Tecnologías de la Información y Telecomunicación de la República Dominicana, iniciativa legislativa 05338-2020-2024-CD] *en un plazo no mayor de 15 días”* luego de haber recibido el requerimiento.

Este informe público tiene la finalidad de realizar algunas las observaciones, con el interés de colaborar en la elaboración de una norma cónsona con los principios de libre competencia y las disposiciones contenidas en la Ley General de Defensa de la Competencia núm. 42-08, de fecha 16 de enero de 2008.

Siendo así las cosas, este Consejo Directivo emite este informe en ejercicio de las atribuciones que le confieren el artículo 14 de la Ley núm. 42-08.

# DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO LEGAL DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

El marco legal del sector de las telecomunicaciones contiene diversas normas cuyo objetivo es promover y garantizar la competencia entre los agentes económicos de los mercados de este sector. El mismo está integrado por:

* + Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98
  + Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones aprobado mediante la Resolución núm. 022-05
  + Reglamento para la Solución de Controversias entre Prestadoras de Servicios de Telecomunicaciones aprobado mediante la Resolución núm. 025-10
  + La Resolución núm. 078-19, que dicta los cambios regulatorios necesarios para establecer todo el Territorio Nacional como Zona Única de Tasación para el Servicio de Telefonía Fija.
  + Reglamento de Tarifas y Costos de Servicios aprobado mediante la Resolución núm. 093-06.
  + Reglamento general de Interconexión aprobado mediante la Resolución núm. 038-11.

Las resoluciones 025-10 y 078-19 modifican algunos artículos del Reglamento aprobado mediante la Resolución núm. 022-05.

Como vemos, el espectro normativo es amplio. Por ello, aplaudimos la iniciativa que ha tenido el INDOTEL de, con la cooperación del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), realizar esfuerzos tendentes a armonizar, conforme el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación, las disposiciones normativas que regulan el sector de las telecomunicaciones. Asimismo, también valoramos positivamente la iniciativa similar, por parte de la Cámara de Diputados de la República Dominicana, siempre que se desarrolle con el *expertise* y acompañamiento técnico del INDOTEL, el cual tiene más de 20 años ejerciendo el rol de órgano regulador de dicho sector, y de esta autoridad de competencia, que en su rol de órgano consultivo en materia de defensa de la competencia puede aportar en la definición de un texto normativo que promueva el desarrollo competitivo de tan importante sector.

En efecto no debe perderse de vista que las telecomunicaciones constituyen uno de los sectores más dinámicos de la economía y uno de los que más puede contribuir al crecimiento, la productividad, y, por tanto, al desarrollo económico y al bienestar social, afectando directamente al círculo de protección del interés general. Es por ello que el gobierno de la República ha reconocido que la evolución tecnológica nos ha llevado a una nueva etapa, que requiere el despliegue de redes de nueva generación, por lo que dentro de los proyectos en curso se reconoce la importancia de la función regulatoria y la necesidad de promover el despliegue de redes 5G.

En tal virtud, destacamos que un proyecto normativo de la naturaleza del que ocupa nuestra atención debe impulsarse de la mano del INDOTEL y de PRO-COMPETENCIA que son las autoridades con la capacidad y conocimientos técnicos para introducir las reformas estructurales que amerita el régimen jurídico de las telecomunicaciones, a los fines de facilitar el despliegue de

redes por parte de los prestadores de servicios de telecomunicaciones y que la prestación de sus servicios redunde en una oferta con mayor cobertura, más innovadora y de mayor calidad, mejorando la competitividad de la economía dominicana. En virtud de lo anterior emitimos nuestras observaciones y recomendaciones en las secciones siguientes.

# OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY

* 1. **Sobre las definiciones, los objetivos y los principios de la ley**

El artículo 5 del Proyecto de Ley, establece las definiciones relevantes para la interpretación del contenido de la ley. Dicho artículo establece una serie de definiciones que contienen errores conceptuales de gran importancia, como son las definiciones de “asignación de concesión o licencia de telecomunicaciones”, que engloba en una sola definición dos conceptos completamente diferenciados; la de “competencia leal”, que hace referencia a prácticas restrictivas y de abuso de posición dominante; la de “posición dominante” que integra diversas definiciones sin considerar los elementos específicos que permiten determinar dicha posición, entre otras.

Por otro lado, existen definiciones que no son utilizadas en el texto del proyecto, las cuales incluso, desbordan el alcance que debería tener este proyecto de Ley, que debería limitarse a la regulación de los servicios de telecomunicaciones, que consistan principalmente en el transporte de señales, a través de redes de telecomunicaciones y la prestación de servicios telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, sin considerar el contenido que pueda transmitirse a través de estas redes y en el marco de la prestación de estos servicios.

En este sentido, a nuestro juicio, y conforme las mejores prácticas regulatorias, deben quedar excluidos del ámbito del proyecto la prestación de servicios sobre redes de telecomunicaciones como son, por citar un ejemplo, los servicios de comunicación audiovisual, los contenidos audiovisuales transmitidos a través de las redes, así como el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual, los cuales bien podrían ser objeto de otro proyecto normativo que regule los servicios de comunicación audiovisual. En tal virtud recomendamos la eliminación de las siguientes definiciones: biotecnología, ciberespacio, ciberdelincuencia, ciberseguridad, domótica, inteligencia artificial, mecatrónica, robot, robótica, servicios legales y regulatorios y tecnología financiera.

En lo que atañe a las definiciones relacionadas con el régimen de libre y leal competencia, tal y como recomendó el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA al INDOTEL mediante el informe público PR-IN-2021-0382, sugerimos suprimir en este anteproyecto los conceptos de competencia leal, posición dominante y prácticas restrictivas de la competencia, pues si bien algunos de estos conceptos se encuentran contemplados la Ley 153-98, se debe tener en cuenta que en el momento de aprobación de la misma aun no existía la Ley 42-08 sobre defensa de la competencia, y ahora sí.

Por ello, con la promulgación de la ley especializada en materia de competencia, las definiciones de los términos antes mencionados, queda cubierta, por lo que no vemos necesario que una nueva ley de telecomunicaciones incluya estos conceptos.

Para el caso de las definiciones de posición dominante y de prácticas desleales, sugerimos adoptar la redacción de la Ley 42-08 en los artículos 4, literal “g” y 10, para describir ambos términos, respectivamente.

Igualmente, proponemos añadir además las siguientes definiciones:

***Barreras de mercado:*** *factores de tipo regulatorio, natural, estructural o creados por los propios agentes económicos participantes en el mercado, que retrasan, dificultan o impiden la expansión o entrada de competidores o limitan su capacidad para competir en los mercados, con lo que se restringe u obstaculiza la competencia.*

***Barreras injustificadas:*** *barreras que tienen como objeto o efecto impedir o distorsionar la libre competencia, de lo cual resulta alguna o algunas de las infracciones tipificadas por la Ley.*

Por su parte, somos de la opinión de que, para mayor organización y para facilitar la comprensión de lo que sería la nueva ley, los principios contenidos en el artículo 4 del Proyecto de Ley deben moverse al artículo 8, pues éste último artículo es el que estipula los principios generales del sector de las telecomunicaciones. Al mismo tiempo, recomendamos colocar el nombre de los principios establecidos en cada literal del citado artículo 8, para establecer mayor claridad.

Finalmente, en relación a los objetivos del Proyecto de Ley, recomendamos incluir la protección, defensa y promoción de la competencia efectiva en los mercados del sector de las telecomunicaciones; para establecer coherencia con la intención manifestada en algunos considerandos del documento bajo análisis.

* 1. **Sobre las prácticas restrictivas de la competencia**

El artículo 15 del Proyecto de Ley, estipula las prácticas restrictivas a la competencia, de la siguiente manera:

***Artículo 15. Prácticas Restrictivas a la Competencia.*** *Se consideran practicas restrictivas a la competencia en el sector de las tecnologías de información y telecomunicaciones, entre otras que puedan existir, las siguientes:*

*El abuso de posiciones dominantes en el mercado, especialmente sobre instalaciones esenciales.*

*Las acciones o prácticas predatorias que tiendan a falsear o que, efectiva o potencialmente, limiten o distorsionen una competencia sostenible, leal y efectiva.*

*La negativa a negociar de buena fe o la generación de dilaciones injustificadas en las negociaciones que pongan en desventaja a un competidor actual o potencial.*

*Acordar precios, descuentos, cargos extraordinarios, otras condiciones de venta y el intercambio de información que tenga el mismo objeto o efecto.*

*Concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos y subastas públicas.*

*Repartir, distribuir o asignar segmentos o partes de un mercado de bienes y servicios señalando tiempos y espacios determinados, proveedores y clientes.*

*Limitar la producción, distribución o comercialización de bienes o prestación y/o frecuencias de servicios, sin importar la naturaleza de estos.*

*Eliminar a competidores del mercado o limitar su acceso al mismo desde su posición de compradores o vendedores de productos o servicios.*

Este artículo engloba prácticas anticompetitivas de distinta naturaleza. Por ejemplo, los numerales “a”, “b” y “c” contienen la prohibición del abuso de posición dominante y actividades consideradas por el artículo 6 de la Ley 42-08 como parte de las conductas que constituyen abuso de posición dominante. Asimismo, los numerales “d”, “e”, “f”, “g” y “h” establecen conductas consideradas actualmente como Prácticas Concertadas o Acuerdos Anticompetitivos por el artículo 5 de la Ley 42-08. En tal virtud recomendamos tipificar, en artículos distintos, cuáles prácticas constituirán abuso de posición dominante y cuáles prácticas constituirán prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos.

Otro ejemplo de confusión en relación a las prácticas sancionadas por este Proyecto de Ley se encuentra en el contenido del considerando segundo. De este surgen dos preocupaciones. La primera se relaciona con la posición dominante de un agente económico, y la segunda corresponde a la persecución de prácticas oligopólicas. El considerando estipula que:

***CONSIDERANDO SEGUNDO:*** *Que es de importancia para el Estado propiciar y regular la competencia leal, eficaz y sostenible dentro del sector de las tecnologías de información y comunicaciones procurando evitar las actividades monopólicas, oligopólicas y posiciones dominantes de mercado que afecten la calidad, accesibilidad y los precios de los servicios de las tecnologías de información y de comunicaciones*; [Subrayado nuestro].

En cuanto a la primera preocupación, vemos necesario definir qué es posición dominante. La Ley 42-08, en el literal “g” de su artículo 4, define la posición dominante como el “*control del mercado relevante que disfruta un agente económico, por sí o conjuntamente con otros, y que le brinda el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva o le permita actuar en dicho mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes o consumidores. La posesión de una posición dominante en el mercado o su incremento, por sí solo, no constituye una violación a la presente ley*”. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha establecido que posición dominante es *“la posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”[[2]](#footnote-2)*. Es importante resaltar que esta posición por sí misma, no constituye una práctica ilegal que distorsiona la competencia, como sí lo es cometer *“abusos de exclusión y abusos de explotación”*[[3]](#footnote-3) aprovechándose de dicha posición de mercado. Entonces, cuando el considerando habla de evitar “posiciones dominantes de mercado”, parecería que se refiere a que está prohibido que un agente económico ocupe una posición de dominio.

Por otra parte, el considerando habla también de evitar actividades oligopólicas. En este punto, es bueno esclarecer que, con los oligopolios, ocurre lo mismo que con la posición de dominio de un agente económico. Es decir, su existencia *per se* no puede ser considerada como un acto ilegal; sino que representan un riesgo de que, por la concentración, puedan cometerse conductas que distorsionan la competencia.

De todos modos, partiendo de que, al parecer, la intención del Proyecto de Ley es evitarlos, se esperaría encontrar un artículo que describa qué se entiende por actividades oligopólicas y al menos una lista enunciativa de en qué podrían consistir dichas actividades. Sin embargo, lo único que se menciona en referencia a los oligopolios, es el objetivo que tiene el órgano rector del sector de las telecomunicaciones de:

*f. Garantizar la existencia de una competencia sostenible, leal y efectiva en la prestación de servicios de las tecnologías de información y telecomunicaciones procurando evitar la conformación de actividades monopólicas, oligopólicas o posiciones dominantes en el mercado;* [Subrayado nuestro].

Esta necesidad de una correcta y detallada tipificación de las prácticas anticompetitivas para el sector de las telecomunicaciones, fue resaltada por el Consejo Directivo de PRO-COMPETENCIA en su informe PR-IN-2021-0382 del 25 de mayo de 2021. Por lo tanto, reiteramos la recomendación realizada en ese entonces al INDOTEL de establecer con claridad los criterios o metodología a seguir para la definición periódica de los mercados relevantes en materia de telecomunicaciones, tomando en cuenta la Ley 42-08, y las directrices de los organismos internacionales especializados.

* 1. **Sobre la rectoría, las funciones y atribuciones del órgano rector y la creación de la Superintendencia de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones (SUIT)**

El artículo 6 del Proyecto de Ley, contempla la rectoría del sistema de tecnologías de información y telecomunicaciones. A saber:

***Artículo 6. Rectoría de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones.*** *Corresponde al Estado la rectoría en materia de las tecnologías de información y telecomunicaciones a cuyo efecto protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación. En todo momento, el Estado mantendrá el dominio sobre el espectro radioeléctrico y las posiciones orbitales asignadas al país y cualquier otro recurso escaso de dominio público del sector.* [Subrayado nuestro].

Somos de la opinión de que resaltar que *“corresponde al Estado la rectoría en materia de las tecnologías de información y telecomunicaciones”,* sin indicar inmediatamente el ministerio al cual se le delega dicha función, carece de relevancia. Y es que, el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, núm. 247-12 establece que los ministerios, como unidades básicas del Poder Ejecutivo –uno de los poderes públicos del Estado– tienen la labor de *“planificación, dirección, coordinación y ejecución de la función administrativa del Estado, [y son] encargados en especial de la formulación, adopción, seguimiento, evaluación y control de las políticas, estrategias, planes generales, programas, proyectos y servicios en las materias de su competencia y sobre las cuales ejercen su rectoría”* [subrayado nuestro]. Es decir, por ley, la rectoría del sector de las telecomunicaciones pertenece al Estado y el Proyecto de Ley solo debe indicar el ministerio que desempeñará dichas funciones.

De igual manera, la parte *in fine* del artículo 6 propuesto hace referencia al dominio del espectro radioeléctrico. Sobre este asunto, nos vemos en la necesidad de resaltar que el artículo 14 de la Constitución dominicana estipula que *“[s]on patrimonio de la Nación los recursos naturales no renovables que se encuentren en el territorio y en los espacios marítimos bajo jurisdicción nacional, los recursos genéticos, la biodiversidad y el espectro radioeléctrico”*, por lo que es razonable inferir que, repetirlo en un artículo que alega referirse a la rectoría del sector de las telecomunicaciones, carece de relevancia.

Por su parte, el artículo 24 del Proyecto de Ley se refiere a las funciones y atribuciones del órgano rector del sector de las telecomunicaciones. Los numerales “p” y “u” establecen como funciones del Ministerio de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones (MINTIT) las de *“[p]revenir o corregir prácticas anticompetitivas o discriminatorias, con arreglo a la presente Ley y sus reglamentaciones”*; y *“Aplicar el Régimen Sancionador ante la comisión de faltas administrativas previstas en la presente Ley y sus reglamentos”;* y más adelante, en el artículo 140 se clasifica como falta muy grave la *“realización de prácticas restrictivas a la competencia”* No obstante, tal y como se indica en el apartado anterior, el proyecto de ley no contiene una tipificación adecuada de las prácticas anticompetitivas sancionables, por lo que reiteramos la recomendación de tipificarlas adecuadamente.

Adicionalmente es preciso destacar que el proyecto de Ley, en el artículo 26, crea la Superintendencia de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones (SUIT) como órgano regulador, y establece en su artículo 27, como una de sus funciones “*iniciar y sustanciar los procedimientos administrativos de determinación de infracciones e imponer en su caso las sanciones previstas en esta Ley”*, con lo cual se verifica una contradicción entre las funciones asignadas al “órgano rector” y aquellas reconocidas al “órgano regulador”.

En este tenor, recomendamos delimitar claramente las funciones de rectoría y las de regulación del sector de las telecomunicaciones. Si se aprobase la ley con la redacción actual, se abriría una oportunidad para duplicidad o confusión sobre las funciones de uno u otro órgano, corriendo el riesgo de que ninguno cumpla a cabalidad con sus atribuciones y el sector, en la práctica, no esté regulado adecuadamente.

* 1. **Sobre la creación de la Empresa de Negocios de Banda Ancha.**

El artículo 51 del Proyecto de Ley crea la “*Unidad de negocios de Telecomunicaciones por Fibra Óptica”*, como “*Operador Públicos de Servicios de Tecnologías de Información y Telecomunicaciones de Conectividad de Banda Ancha del Estado”*, cuyo objetivo, según el artículo 52 es soportar el *“Plan Nacional de Conectividad de Banda Ancha de la República Dominicana […]”.*  Para ello, conforme el párrafo I del citado artículo 51, esta empresa pública *“aprovechará la capacidad excedentaria de las instalaciones de transmisión de la Empresa de Transmisión Eléctrica (ETED)”*.

Sobre dicha propuesta debemos recordar que el sector de las telecomunicaciones, sujeto a un proceso de permanente innovación y desarrollo tecnológica, necesita de constantes y cuantiosas inversiones, lo que requiere el desarrollo de proyectos de gran envergadura por parte de los prestadores de estos servicios que pueden verse afectados si se exigieran en condiciones distintas de despliegue de redes y de comercialización de servicios en los diferentes ámbitos.

El desarrollo del sector de las telecomunicaciones, desde su liberalización, ha sido plenamente consistente con esta visión, sin embargo, la disposición comentada ignora plenamente este contexto, al pretender poner en manos del Estado la instalación, mantenimiento y operación de *“los nodos de acceso a la infraestructura de Fibra Óptica Nacional”*.

Entendemos que lo anterior contradice los proyectos que lleva a cabo el gobierno con el objetivo de facilitar la inversión y el despliegue de redes de nueva generación. Más aún, esta Comisión es del criterio de que aprobarse esta disposición normativa se generaría inmediatamente una discriminación respecto de los demás agentes que participan en el mercado, introduciendo distorsiones y limitando los incentivos a competir y a invertir, puesto que lo que se plantea es el acceso y uso de infraestructuras de otros sectores en beneficio de un nuevo operador “público”.

Para atenuar el riesgo de generar distorsiones en los mercados de telecomunicaciones, consideramos necesaria reorientar la redacción del artículo para garantizar que la actuación de operadores públicos se realice en condiciones no distorsionadoras de la competencia. En cualquier caso, de mantenerse la posibilidad de acceso a las infraestructuras, redes o servicios construidos o prestados con apoyo público, este acceso deberá ser aplicable a operadores públicos y privados.

* 1. **Sobre la duración, renovación y revisión de las concesiones**

El artículo 70, párrafo III del Proyecto de Ley establece que:

***Artículo 70. Duración, renovación y revisión.*** *Las concesiones tendrán la duración entre cinco (5) y veinte (20) años, y serán renovables, a solicitud del interesado, por periodos iguales.*

*(…)*

***Párrafo III.*** *El Ministerio de las Tecnologías de Información y Telecomunicación (MITIT) podrá, cada cinco (5) años, revisar las condiciones de prestación del servicio.*

*Esta revisión se efectuará previa consulta con las partes y observando el respeto a los derechos adquiridos, el equilibrio económico del contrato y las inversiones realizadas por las empresas concesionarias.*

Considerando lo presentado en este artículo, somos de la opinión de que, si el mercado relevante se determinará cada dos años, como se estipula en el artículo 14, las condiciones de prestación del servicio pudieran revisarse con menos margen de tiempo. Esto tendría como resultado que, si las condiciones de prestación de servicios en un mercado relevante cambiaran, no habría que esperar tres años posteriores al cambio para revisar las condiciones de prestación del servicio de un mercado relevante dado.

Esta sugerencia está sujeta a evaluación y con el INDOTEL, órgano estatal con la especialización que requiere un análisis de este tipo.

* 1. **Sobre la regulación de competencia, las tarifas y los costos de servicios de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones**

El artículo 13 del Proyecto de Ley se refiere a la regulación de competencia, introduciendo en el párrafo I disposiciones sobre adopción de tarifas o precios en su definición de “regulación económica”. A saber:

***Párrafo I. La regulación económica*** *consiste en adoptar para establecer tarifas o precios regulados, evitar distorsiones en los mercados regulados, evitar el reforzamiento del poder del mercado o garantizar el acceso a los usuarios a los servicios públicos.*

Asimismo, los artículos 82 y 83 del Proyecto de Ley establece disposiciones sobre libertad tarifaria y mecanismos de fijación de tarifas. Ambos artículos rezan de la siguiente forma:

***Artículo 82. Libertad tarifaria.*** *Los precios al público o tarifas de los servicios públicos de tecnologías de información y telecomunicaciones serán fijados libremente por las empresas prestadoras siempre* que no sobrepasen los techos tarifarios definidos por el Ministerio de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones (MITIT).

*(…)*

***Artículo 83. Mecanismo de fijación tarifaria.*** *En los casos en que el Ministerio de las Tecnologías de Información y Telecomunicaciones (MITIT) deba intervenir en la fijación de tarifas por las causas previstas en el artículo anterior, dichas tarifas se fijarán tomando como parámetro los costos, incluyendo una remuneración razonable de la inversión, calculados de acuerdo con lo que establezca el "Reglamento de tarifas y costos de servicios".*

Si bien es cierto que PRO-COMPETENCIA ha establecido en informes anteriores un criterio firme sobre la fijación de tarifas y su incompatibilidad, en principio, con las políticas de libre competencia, el Consejo Directivo reconoce las normas especiales que rigen algunos sectores regulados como el de telecomunicaciones, por lo que en esta ocasión se limita a realizar algunas observaciones puntuales al respecto.

Al incluir la libertad de empresa como un derecho fundamental en el artículo 50 de la Constitución dominicana, el legislador constituyente estableció como regla general el derecho de las personas a ejercer una actividad económica libre. El Tribunal Constitucional dominicano en su sentencia TC/0049/13, define el derecho a la libre empresa como “*la prerrogativa que corresponde a toda persona de dedicar bienes o capitales a la realización de actividades económicas dentro del marco legal del Estado y en procura de obtener ganancias o beneficios lícitos*”[[4]](#footnote-4).

En igual sentido, la referida Alta Corte ha establecido que: “*el derecho a la libertad de empresa, como derecho fundamental, se configura como un derecho que solo puede ejercitarse en el mercado, que consiste en la libertad para decidir qué producir y cómo hacerlo de acuerdo con la ley. El valor jurídico protegido por la libertad de empresa es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado, libertad que solo podría estar limitada, de acuerdo con el citado artículo 50 de la Constitución, por las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes*”[[5]](#footnote-5).Esto implica una obligación del Estado de garantizar que las actividades liberalizadas se presten en libre competencia, en contraposición a la intervención directa del Estado en la economía[[6]](#footnote-6).

No obstante, el Estado tiene la capacidad de intervenir como regulador, especialmente en el caso de los mercados que satisfacen servicios públicos. Pues, el objetivo de la liberalización de los mercados no es que los agentes económicos abusen de esta libertad en detrimento de los consumidores y usuarios. La regulación “*sirve para corregir determinadas fallas de mercado [y debe realizarse] en una etapa de actuación de los agentes ex ante, sin perjuicio de la actuación del Estado ex post cuando determine que una cierta conducta es anticompetitiva”*[[7]](#footnote-7).

La defensa de la competencia y la regulación son, entonces, formas de intervención de los poderes públicos en los mercados. Las dos trabajan a favor del interés general; pero, tienen contornos distintos y específicos. Por un lado, la competencia existe con el objetivo de crear las condiciones para gozar de mercados competitivos y para controlar las conductas de los agentes económicos; y por otro, la regulación económica, en principio, es un mecanismo ex ante, de intervención en un mercado particular, para establecer las reglas que deberán atender los operadores o prestadores de los servicios de dicho mercado.

Por otro lado, la Constitución dominicana establece en el artículo 147 que los servicios públicos “serán declarados por ley”, y la Ley núm.153-98 clasifica los servicios de telecomunicaciones como un servicio público en nuestro país. Sobre esta base, el INDOTEL, en su Resolución núm. 062-17 que aprueba el Reglamento sobre los Derechos y Obligaciones de los Usuarios y Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, estableció que *“[l]os servicios públicos prestados por el Estado o por los particulares, en las modalidades legales o contractuales, deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y* ***equidad tarifaria***”[[8]](#footnote-8).

Dicho todo esto, es necesario resaltar, que el artículo 50 de la Constitución debe ser interpretado como un derecho fundamental que no es absoluto. En este sentido, en la sentencia TC/0196/13 el Tribunal Constitucional se suma al criterio que prima en el derecho Constitucional comparado, señalando que: “*9.1.5. El ejercicio del derecho fundamental a la libertad de empresa no es absoluto, sino relativo, por lo que el Estado puede no solo regular su ejercicio sino incluso limitarlo, según establece la parte in fine del artículo 50 de nuestro Pacto Fundamental. Dicha potestad de regularlo o limitarlo está condicionada, sin embargo, a que el legislador ordinario no afecte el contenido esencial de dicho derecho ni el principio de razonabilidad (art. 74.2 de la Constitución)*”[[9]](#footnote-9).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional estableció en su sentencia TC/0001/14 lo siguiente:

*“9.2.5. La potestad interventora del Estado en la regulación de la economía proviene del propio artículo 50.2 de la Constitución. Sin embargo, de la propia ley sustantiva se sustraen los límites con que cuenta este poder configurativo del legislador en materia de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Dicho así, el artículo 74.2 de la Constitución dispone que “Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad.*

*9.2.6. De esta manera, la intervención reguladora debe hacerse contemplando los límites constitucionales consistentes en una i) regulación mediante ley; ii) no puede afectar el contenido esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida disposición, es decir, obedecer a criterios de razonabilidad…”[[10]](#footnote-10).*

Es decir, al igual que el resto de los derechos fundamentales, la libertad de empresa, puede ser limitada únicamente por ley, según lo establecido en nuestra Carta Magna en su artículo 74.2, y de conformidad con el artículo 112, dicha ley, debe ser una ley orgánica. De esto, es razonable inferir que, para garantizar que la libertad de empresa no se convierta en abusiva, especialmente cuando se trata de la provisión de un servicio público como el del presente análisis, es necesario que haya equidad tarifaria. Esto implica el establecimiento de estándares mínimos que servirán como guía a los prestadores del servicio público en cuestión, para colocar las tarifas; sin que esto provoque una alteración en el mercado tal, que se desvanezca la libertad de empresa.

En consonancia con el anterior razonamiento, los artículos 39 y 40 de la vigente Ley núm. 153-98 establecen lo siguiente:

***Artículo 39.- Libertad tarifaria***

*Los precios al público o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones serán fijados libremente por las empresas prestadoras, a menos que el órgano regulador, mediante resolución motivada, determine que, en un caso concreto, no existen en el mercado de servicios las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva y sostenible por existir prácticas restrictivas a la competencia. Sólo en esas circunstancias el órgano regulador procederá a fijarlos.*

***Artículo 40.- Mecanismo de fijación tarifaria***

*40.1. En los casos en que el órgano regulador deba intervenir en la fijación de tarifas por las causas previstas en el artículo anterior, dichas tarifas se fijarán tomando como parámetro los costos, incluyendo una remuneración razonable de la inversión, calculados de acuerdo a lo que establezca el “Reglamento de tarifas y costos de servicios”.*

*40.2. A los efectos de garantizar la existencia de una competencia efectiva y sostenible, no se podrá cobrar al público por un servicio menos que el costo que el mismo tenga para la prestadora. Reglamentariamente se establecerán los procedimientos especiales para la fijación de las tarifas del servicio financiado por el “Fondo de desarrollo de las telecomunicaciones y del servicio universal”, así como las tarifas en proceso de rebalanceo.*

Del contenido de ambos artículos, y de la interpretación del artículo 92.1 de la Ley 153-98 que establece que al ”*dictar regulaciones relacionadas con el funcionamiento y desarrollo de los mercados de telecomunicaciones, el órgano regulador deberá ajustarse a la regla de la mínima regulación y del máximo funcionamiento del mercado , y deberá actuar de modo tal que los efectos de sus decisiones equiparen los de una competencia leal, efectiva y sostenible, en los casos en que ella no exista”*, se puede interpretar que la intervención del Estado en el establecimiento de tarifas de los servicios telecomunicaciones, es eminentemente excepcional.

Es decir, la regla general es que las prestadoras de servicios determinen libremente el precio que quieren colocarle al servicio que ofrecen y, el regulador determina la necesidad de fijar un precio, solamente en los casos en los cuales *“no existen en el mercado de servicios las condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva y sostenible por existir prácticas restrictivas a la competencia”*.

Por lo señalado anteriormente, recomendamos que se limite el rol del órgano regulador –que en el Proyecto de Ley es la SUIT– a establecer los parámetros para la determinación de las tarifas por parte de los operadores de los servicios de telecomunicaciones. Si bien el Proyecto de Ley contempla que estos parámetros se establezcan por la vía reglamentaria, la ley puede indicar las directrices y principios específicos que permitirán al regulador elaborar un reglamento mucho más garantista de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.

Adicionalmente, como el proyecto contempla el establecimiento de techos tarifarios es necesario que se describan claramente los criterios que serán aplicados por el órgano regulador a estos fines, los cuales como mínimo deberán responder a las demandas de tráfico, los adecuados estándares de calidad, así como responder a los criterios de no discriminación, objetividad, transparencia y si garantiza la sostenibilidad de la red. Dicho establecimiento de techos tarifarios deberá ser precedido de un proceso de consulta que garantice el derecho de participación de los interesados, previo al establecimiento de la tarifa tope, conforme lo dispone el actual artículo 94 de la Ley 153-98.

Por último, debemos destacar la falta de justificación de los múltiples cambios del régimen jurídico del sector de las telecomunicaciones que se proponen en el proyecto de ley, así como la proporcionalidad de las medidas propuestas, a pesar de que algunas de ellas son marcadamente restrictivas y distorsionadoras del proceso competitivo. En consecuencia, consideramos es necesaria una revisión integral del texto del proyecto de Ley, lo que, a nuestro juicio debería llevar a un replanteamiento significativo de las medidas que se proponen.

En virtud de todo lo anteriormente establecido, tenemos a bien sugerir que se tomen en cuenta las observaciones arriba expuestas en el presente informe de recomendaciones para decisión sobre la modificación de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, que crea la nueva Ley General de las Tecnologías de la Información y Telecomunicación de la República Dominicana.

Adicionalmente, proponemos considerar los esfuerzos realizados por el INDOTEL para la modificación de la actual Ley 153-98. De manera subsidiaria, recomendamos que se invite al INDOTEL a participar activamente en la Comisión de Tecnología de la Información y Comunicación, responsable de este Proyecto de Ley, para garantizar personas especializadas y con trayectoria reconocida en la materia de telecomunicaciones, y ese mismo tenor reiteramos la disposición de PRO-COMPETENCIA de colaborar en la corrección del Proyecto de Ley en los aspectos sobre derecho económico de la competencia.

Atentamente,

**MARÍA ELENA VÁSQUEZ TAVERAS**

Presidente Consejo Directivo

cc. Nelson Arroyo

Presidente Consejo Directivo Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)

1. En el caso español la Ley General de Telecomunicaciones establece una “Obligación de Suministro de Información” sobre las personas físicas o jurídicas que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas, así como a aquellos otros agentes que intervengan en este mercado, siempre que las mismas sean necesarias para cumplir con las finalidades y atribuciones de carácter estadístico, de monitoreo de cumplimiento de condiciones establecidas para la prestación del servicio, de fiscalización del uso efectivo y eficiente de frecuencias y números y el cumplimiento de las obligaciones que resulten de los derechos de uso del dominio público radioeléctrico, de análisis que permitan la definición de los mercados relevantes, entre otras. *Cfr Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, artículo 10.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Judgment of the Court of 14 February 1978. *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities. Chiquita Bananas*. Case 27/76. European Court Reports 1978 -00207, parr. 65; Judgment of the Court of 13 February 1979. *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. Dominant position*. Case 85/76. European Court Reports 1979 -00461, parr 38. [↑](#footnote-ref-2)
3. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Abuso de la Posición Dominante. TD/B/COM.2/CLP/66 (21 de mayo de 2008) disponible en: <https://unctad.org/es/system/files/official-document/c2clpd66_sp.pdf> [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia TC/0049/13, de 9 de abril 2013, disponible en línea, https://www.tribunalconstitucional.gob.do [consulta 15 de mayo 2021]. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia TC/535/15, de 1 de diciembre 2015, disponible en línea, https://tribunalconstitucional.gob.do/ [consulta 15 de mayo 2021]. [↑](#footnote-ref-5)
6. Cfr. Tassano Velaochaga, H. (2016). Competencia y regulación. *Derecho PUCP*, (76), 105-121. Pág. 107. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.004> [↑](#footnote-ref-6)
7. Idem. [↑](#footnote-ref-7)
8. Resaltado nuestro. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia TC/0196/13, de 31 de octubre 2013, disponible en línea, <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc019613> [consulta 23 de noviembre 2021]. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia TC/0001/14, de 14 de enero 2014, disponible en línea, <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc000114/> [consulta 23 de noviembre 2021]. [↑](#footnote-ref-10)